

PARECERES

RECURSO ESPECIAL

DIREITO PROBATÓRIO

CLÁUDIO SANTOS

SUMÁRIO: 1. Consulta: 1.1 Objeto da consulta e exposição dos fatos – 2. Estudo das questões de direito aplicadas ao caso; 2.1 Fatos confessados e admitidos; 2.2 Prova emprestada; 2.3 Sistema da persuasão racional; 2.4 Princípios da economia processual e da tutela efetiva – 3. Conclusões.

1. Consulta

1.1 Objeto da consulta e exposição dos fatos

Consulta-nos uma sociedade proprietária de imóveis comerciais, por seu ilustre advogado, a respeito das questões de direito suscitadas em recurso especial interposto para o Colendo Superior Tribunal de Justiça, nos autos em que contende com a locatária de um de seus prédios, no concernente à pretensão da recorrida de renovar contrato de locação comercial firmado entre as partes.

Para melhor compreensão dos temas debatidos no recurso especial, impõe-se um breve relato dos fatos e decisões da causa, na instância ordinária. De conformidade com o minucioso e fiel relatório feito na sentença do primeiro grau, a Consulente articulou preliminares na sua contestação ao pedido, dentre as quais a impossibilidade do pleito renovatório da locação por força da prática de duas infrações contratuais pela Autora-locatária, uma relativa à cessão de parte do imóvel a terceiro, sem a autorização da locadora, outra pertinente à redução unilateral do percentual sobre as vendas para o cálculo do aluguel, fatos confes-

sados ou admitidos, no processo, pela ora recorrida e provados, nos termos dos arts. 334, incs. II e III do CPC, comprovados documentalmente, e, ainda provada a primeira infração através de prova pericial produzida em outra ação (art. 332 do CPC).

A ação de renovação de locação comercial foi julgada improcedente pelo Juiz da 3.^a Vara Cível, do Foro Regional de Pinheiros, como reconhecimento da dupla ilicitude contratual cometida pela locatária. São estes os fundamentos da sentença:

“Em dois pontos, contudo, prospera a defesa no que se refere à prática, pela locatária, de infrações contratuais impeditivas da renovação.

Quanto ao primeiro deles, observa-se que a ré imputou à autora a indevida cessão parcial da locação a uma empresa do ramo de estacionamento, à qual, sem consulta à locadora ou a outorga de preferência, foi dado explorar a área para tal fim existente afrontadas, de tal sorte, as cláusulas 5.^a e 6.^a do contrato de locação. Respondendo a tal acusação, ponderou a autora singelamente ter confiado à empresa (...), em determinada época, a vigilância da área de ocupação durante os períodos ociosos; o argumento, entre-

tanto, além de não convincente, traz verdadeira confissão, quanto à prática da infração denunciada. (...)

Os documentos de f., aliás, demonstram que a empresa de estacionamento administrativa o local em nome próprio (ainda que em associação com o estabelecimento da autora), valendo-se, inclusive, em *horário normal*, da utilização do estacionamento por não-clientes da autora. Nesse sentido, cabe ressaltar que o perito nomeado nos autos da ação revisional havida entre as partes constatou, por verificação pessoal, que a exploração da área por essa empresa se dava por 'aluguel pelo tempo de uso' (Cf. f.), assertiva não eficazmente combatida pela autora.

Enfim, tem-se por inequívoca a transferência parcial indevida da locação a terceiros (seja por cessão da locação, seja por sublocação, o que não altera o enfoque dado ao problema) e, por conseguinte, a infração contratual acertadamente denunciada pela ré em sua contestação, fator obstativo da renovação (art. 71, inc. II, da Lei 8.245/91).

A segunda violação caracterizada diz respeito à redução unilateral, pela locatária, da alíquota para o cálculo do aluguel incidente sobre o valor das vendas. Segundo a ré, dito percentual estaria inicialmente fixado em 2,45% passando a autora, a partir de um determinado momento, a utilizar-se do percentual de 2,20%. Justificando tal alteração (e, pois, admitindo-a do ponto de vista objetivo), aludiu a locatária à cláusula 5.^a, §§ 3.^o, 4.^o e 5.^o do contrato, referente a aluguéis pagos a terceiros. Bem analisados esses dispositivos, contudo, tem-se por equivocada a interpretação a eles dada pela autora.

De fato, as locações mencionadas pela autora em sua réplica (vide o item 9 de f.) já eram existentes ao tempo da contratação inicial (confira-se a tréplica, em especial f., bem como o documento que a acompanha, a f.), de modo que se

aplica ao caso o § 3.^o, da cláusula 3.^a; vale dizer, poderia a inquilina deduzir esses aluguéis em relação ao percentual de 2,45% sobre o valor das vendas, tomando como limite máximo de dedução o alcance do aluguel mínimo estipulado.

A alíquota de 2,2% prevista na cláusula 3.^a, § 4.^o, por outro lado, nada tem a ver com a *dedução* dos aluguéis pagos aos referidos terceiros, mas com a eventual *redução* dessa área locada junto a terceiros, tema totalmente estranho a esta discussão: previram as partes, nessa hipótese, a diminuição do percentual utilizado para o cálculo do aluguel variável, até o *limite máximo* de 2,2%.

Enfim, modificou a autora, injustificadamente, a forma de cálculo dos aluguéis mensais, não afastando a infração contratual a perspectiva (para cuja verificação seriam necessários maiores elementos) de que, em alguns meses, o aluguel calculado com base na alíquota de 2,2% tenha sido eventualmente maior do que o próprio aluguel mínimo: ainda assim não haveria como ignorar a inexacta observância dos termos contratuais, também por esse aspecto dando respaldo à negativa da locadora de prorrogação do ajuste."

Quanto à cessão da área locada, pontuou o Julgador a ponderação da autora de "ter confiado à empresa (...)" a área de estacionamento, e mais "o argumento, entretanto, além de não convincente, traz verdadeira confissão, quanto à prática da infração denunciada". Infração corroborada pelos documentos de f. dos autos, a comprovar que a "a empresa de estacionamento administrativa o local em nome próprio". Ilicitude contratual provada mediante perícia nos autos da ação revisional, transportada para os autos da ação renovatória, entre as mesmas partes, vinculadas pela mesma relação de direito material. Tocante à infração da redução unilateral do percentual do cálculo do aluguel, observou o Juiz: "Justificando tal alteração (e, pois, admitindo-a do

ponto de vista objetivo)...”, para negar-lhe razão por equivocada interpretação do contrato.

O E. 2.º Tribunal de Alçada Civil, pela Turma Julgadora de sua 12.ª Câmara, todavia, desconsiderou totalmente as provas da confissão ou admissão quanto aos fatos e do reconhecimento da dupla infração contratual praticada pela locatária, bem assim desconheceu a prova emprestada como meio probatório aceito no direito processual brasileiro. Fê-lo com fundamento nas razões do voto do relator, cujos trechos vão a seguir transcritos: “Efetivamente a informação constante do laudo ofertado na ação revisional, entre as mesmas partes, não pode servir de base à demonstração da infração contratual, pois o objeto daquela é diferente da ação renovatória, onde a locatária deverá mostrar os requisitos legais (art. 71, inc. II) e justificar a pertinência da renovação comprovando o adimplemento contratual, portanto, a prova do fato constitutivo de seu direito deve ser demonstrada na renovatória. A outra infração contratual acolhida e correspondente à redução unilateral da alíquota para o cálculo do aluguel incidente sobre o valor das vendas, teve por fundamento a interpretação dos §§ 3.º e 4.º da cláusula 5.ª do contrato de locação, entendendo aplicável o § 3.º dessa cláusula, pois trata-se de aluguéis pagos a terceiro. Verifico que a locatária afirma que o aluguel devido à locadora nunca foi inferior ao aluguel mínimo contratado e pretende produzir prova pericial contábil para demonstrá-lo, como constou da réplica (f.), que foi reiterada às f.”.

A concluir, o acórdão reformou a sentença sob color de que o Código de Processo Civil adotou em matéria de provas o sistema da persuasão racional e “será mesmo necessária a produção de prova técnica de contabilidade” (*sic*) para a comprovação da redução do aluguel e da cessão parcial do bem locado.

Eis as questões de direito sobre as quais devo pronunciar-me, inclusive, em razão delas, no atinente à viabilidade de seu recurso especial fundados nas alíneas a e c, do inc. III, do art. 105 da CF.

2. Estudo das questões de direito aplicadas ao caso

2.1 Fatos confessados e admitidos

O grande processualista uruguaio, Eduardo J. Couture, ensinava que a teoria do objeto da prova assinala quais são as proposições das partes que devem provar-se e quais não requerem demonstração (“solo los hechos controvertidos son objeto de prueba:”).¹ Dispensam a produção de provas, por inútil (*frustra probatur*), de acordo com a melhor doutrina, os fatos confessados, admitidos expressa ou tacitamente, os fatos presumidos por lei, os fatos evidentes e os fatos notórios.

O mestre Moacyr Amaral dos Santos, quem melhor tratou o tema no País, após sumariar que o objeto da prova são os fatos sobre os quais versa a ação e devam ser verificados, ou seja os fatos controvertidos, assinala:

“2. (...) Por sua vez, nem todos os fatos carecem de prova. Sempre que das afirmações das partes se apure que os fatos são reconhecidos como verdadeiros ou se incluem entre os notórios, não há necessidade de sua demonstração. Daí, ter-se dito que, com as restrições aventadas ao se tratar das várias hipóteses, independem de prova: a) os fatos afirmados por uma e confessados por outra parte; b) os fatos não contestados; c) os fatos notórios; 3. Do princípio que os fatos invocados em juízo devem ser demonstrados e da enumeração, acima fei-

⁽¹⁾ *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera edición, Buenos Aires: Depalma, 1988, p. 236 e 222.

ta, dos fatos que, embora alegados, independem de prova, tira-se uma primeira regra, quanto ao objeto da prova: *são objeto da prova os fatos controvertidos*. Onde não haja controvérsia, com referência aos fatos alegados pelos litigantes, a questão se reduz à mera aplicação do direito. A prova de fatos não contestados e reconhecidos, incontroversos, pois, seria inútil ou frustratória. Poder-se-ia mesmo dizer, com João Monteiro, e outros, que constituem objeto de prova somente os *fatos duvidosos*. Explica-se facilmente o princípio: é da economia processual que tudo que é inútil deve ser evitado; é regra de lógica que não carece de prova tudo quanto se admite provado.²²

No direito processual vigente não reclamam produção de prova para serem tidos como demonstração os fatos nas espécies arroladas no art. 334, do Estatuto Processual Civil. Destarte, “não dependem de prova os fatos”: “I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”

Para a solução das questões a compor o conteúdo da consulta, interessam as hipóteses previstas nos incs. II e III, supra.

Humberto Theodoro Júnior, em momento aos incisos destacados, logo depois de definir o fato notório, continua: Também o *fato incontroverso* não é objeto de prova, porque prová-lo seria inutilidade e pura perda de tempo, em detrimento da celeridade processual que é almejada como ideal do processo moderno. (...) Se os fatos incontroversos, por simples falta de impugnação, não precisam ser provados, com muito maior razão ocorre a mesma dispensa de prova

em relação aos fatos alegados por uma parte e confessados pela outra.”²³

É certo que a hipótese prevista no inc. II, do art. 334, do CPC (“fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária”), em razão da temática da consulta, comporta alguns esclarecimentos tendo em vista não ter havido, na instrução da causa, confissão de representante da locatária em depoimento pessoal ou mesmo da parte em petição ou ainda “confissão emprestada” (depoimento pessoal em outro feito). Ocorreu, na verdade, uma admissão, em tréplica, dos fatos afirmados pelo locador, réu na ação. Mas os fatos admitidos, dêis que pertinentes a direitos disponíveis são fatos incontroversos a prescindir de prova. A incontrovérsia faz com que sejam tratados como fatos provados.

Amaral dos Santos, em seu minucioso trabalho sobre a prova, a comentar disposições do código unitário de 1939, com apoio em Carnelutti e Lessona, diz que as declarações subscritas por advogado, sem poderes especiais para confessar, devem ser havidas como *admissão*, nunca como *confissão*, mas reconhece que tais afirmações, embora com poderes apenas *ad judicium*, “extremam a demanda”.²⁴ São dele estas seguras afirmações: “Não há dúvida, as declarações das partes, prestadas por advogado no pedido, na contestação e em outras petições, influem decisivamente no seguimento, na apreciação e até no julgamento do feito. Aliás a casa se circunscreve às afirmações constantes do pedido e da defesa, as quais são subscritas não diretamente pelas partes e sim por seus mandatários, advogados.”²⁵

Com relação à hipótese prevista no inc. III, do artigo em exame, contempla este escólio os denominados “fatos in-

(22) *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol. I, São Paulo: Max Limonad, s/d, p. 222-223.

(23) *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I., 3.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 414.

(24) Op. cit. na nota 2, p. 126.

(25) *Idem*, p. 119.

controversos”. São fatos sobre os quais não há afirmações conflitantes das partes, ainda que possa haver interpretações controversas a respeito de sua qualificação jurídica e seus efeitos. É a situação fática sobre a qual os litigantes estão em harmonia. Para Arruda Alvim são fatos admitidos como incontroversos no processo não propriamente os confessados, porém aqueles “com o qual o(s) qual(is) concorda o adversário, de quem os alegou.”⁶

Não difere da doutrina nacional o entendimento de Eduardo Couture. Reproduzindo sua teoria sobre fatos admitidos expressamente: “Hechos Admitidos Expresamente. La doctrina llama *admisión* a la circunstancia de no impugnar las proposiciones del adversario. Los hechos admitidos quedam fuera del contradictorio y, como consecuencia natural, fuera de la prueba. És inútil, decia el precepto justiniano, probar lo hechos no relevantes: *frustra probatur quod probatum non relevat*. Es necesario ver en esta fórmula una aplicación del principio de economía procesal, que induce a realizar los fines del juicio con el mínimo de actos. Al concluir que los hechos no impugnados se tienen por admitidos, se llega no sólo a la solución aconsejada por la lógica de las cosas, sino a la que aconseja un bien entendido principio de ahorro de esfuerzos innecesarios. Imponer la prueba de todos los hechos, aun de los aceptados tácitamente por el adversario, representaría exigir un inútil dispendio de energías contrario a los fines del proceso. Esta solución no tiene, en nuestro derecho, a diferencia de lo que ocurre en algunos códigos extranjeros, otro texto que la consagre que el ya referido. Pero, por su naturaleza, no lo necesita. Por lo demás, podría considerarse vigente ya que existía en la legislación anterior al Código, sin

haber sido derogada por éste ni expresa ni tácitamente. La jurisprudencia, reiteradamente, hace uso de esta conclusión. Puede afirmarse, entonces, que esta expresión que establece que la prueba debe recaer solamente sobre los hechos controvertidos, representa una limitación, especie de encuadramiento objetivo, de las proposiciones de hecho que han de ser objeto de prueba. La determinación de los hechos controvertidos y no controvertidos es una función de depuración previa, para saber qué hechos deben ser probados y qué hechos no deben serlo.”⁷

Jônatas Milhomens, em livro específico a respeito da prova e do direito probatório acerca do ponto em foco, traz estas explicações: “*Fatos incontroversos*. A terceira hipótese do art. 334, de dispensa de prova, concerne a ‘fatos admitidos, no processo, como incontroversos’.

Diz-se controverso, o fato sobre que há dúvida, contestação, impugnação. Controvertido é o posto em dúvida, impugnado. Para a dispensa de prova é necessário que o fato seja admitido no processo como incontroverso, entre as partes e para o juiz.”⁸

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, citado pelo mesmo autor explicita com clareza o conceito de fato incontroverso. Com efeito:

“Jurisprudência. Fatos incontroversos nos termos do art. 334, inc. III, do CPC de 1973, são aqueles afirmados por um aparte e confessados ou admitidos pela (mesmo que admitidos pelo silêncio, isto é, mesmo que não contestados) e também os fatos notórios (Ac. da 1.^a Turma do Supremo Tribunal Federal, RE 80.474, 25.03.1980, Lex Jurisp. do Sup. Trib. Federal, v. 17, p. 113)”⁹.

⁽⁷⁾ Op. cit. na nota 1, p. 223-224.

⁽⁸⁾ *A Prova no Processo*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 198.

⁽⁹⁾ Op. cit. na nota anterior, p. 199.

⁽⁶⁾ *Manual de Direito Processual Civil*, vol. II, São Paulo: RT, 1978, p. 244.

Nos autos, dois são os fatos certos, determinados, absolutamente incontroversos, porque afirmados pela locadora, ré na ação, e admitidos pela locatária, autora na ação renovatória: a cessão de parte do imóvel comercialmente locado a terceiro, sem o consentimento da locadora e a falta de observância da cláusula de preferência dada à locadora (v. sentença e acórdão, nos trechos transcritos nos itens 1.3., 1.4. e 1.5. deste parecer); e a redução unilateral do percentual sobre as vendas do aluguel (v. sentença e acórdão, nos tópicos reproduzidos nos itens 1.3. e 1.5. deste parecer). A incontrovérsia tocante à cessão do prédio a uma empresa que explora o ramo do estacionamento, sem a aquiescência da locadora, é reforçada na prova transportada de outro processo para o atual, desprezada pelo acórdão, não obstante previsão legal, segundo se passa a demonstrar.

2.2 Prova emprestada

A prova, em sentido jurídico e, especialmente, processual, é um meio de verificação dos fatos alegados pelas partes em juízo.

O vocábulo – prova –, (na lição sempre autorizada de Amaral dos Santos) vem do latim – *probatio* – prova, ensaio, verificação, inspeção, exame argumentado, razão, aprovação, confirmação, e se deriva do verbo *probare* (*probos, as, are*) – provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar (...) No sentido jurídico, o vocábulo é empregado em várias acepções: significa a produção dos atos ou dos meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (*actos probandi*); significa ação de provar, de fazer a prova. Nessa acepção se diz: a quem alega cabe fazer a prova do alegado, isto é, cabe fornecer os meios afirmativos da sua alegação. Significa o meio

de prova considerado em si mesmo. Nessa acepção se diz: prova testemunhal, prova documental, prova indiciária, presunção. Significa o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. Nessa acepção se diz: o autor fez a prova da sua intenção, o réu fez a prova da exceção.”¹⁰

Nesta passagem, faz-se mister conhecer os meios de prova, um dos significados alinhados por Amaral dos Santos, até onde já é sabido o resultado da prova que, em outra ação, o locador produziu, das infrações contratuais cometidas pela locatária. Os meios de prova são os instrumentos, em sentido material, ou as operações capazes de deixar certo, indubitoso, incontroverso, um fato ou a verdade de uma afirmação. Os meios de prova são praticamente inumeráveis, em face da extraordinária evolução da ciência e da tecnologia. Na verdade, excluídos os meios de prova obtidos ilicitamente, segundo o inc. LIV, do art. 5.º, da CF, com os temperamentos da moderna doutrina dos *princípios da proporcionalidade*,¹¹ no mais todos os meios de prova são admissíveis. É que, entre os sistemas jurídicos cujos meios de prova são taxativamente fixados por lei, raros nos tempos modernos, e os que deixam os meios de prova em aberto, indicados ou não na legislação, com a aceitação de outros não expressos, no Brasil, desde o primeiro Código, a opção manifesta foi pelo segundo sistema. Daí o disposto no art. 132, do CPC, nestes termos: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Códigos, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

A linguagem do Código de Processo Civil, como se constata, é a mais ampla

⁽¹⁰⁾ Op. cit. na nota 2, p. 3-4.

⁽¹¹⁾ V. Nelson Nery Júnior, in *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo: RT, 1992, p. 140-141.

possível. Todos os meios legais de prova, instituídos principalmente na lei substantiva e mais aqueles regradados quando ao modo de produção no estatuto processual; mais que isso, todos os meios de prova *moralmente legítimos*, ainda que *não especificados* no Código, são válidos e admissíveis. Dentre estes, por sua utilidade e economia processual, ainda que de pouco uso, avulta a comumente chamada “prova emprestada”.

Diz-se da “prova emprestada aquela que, tendo sido já utilizada como prova noutro processo, de idêntica ou diversa natureza, é transportada, sob forma de prova documental, para um outro processo.” A definição é de Ovídio A. Baptista da Silva.¹²

A previsão dessa prova no sistema jurídico, é abonada tanto por autores antigos, como por autores mais modernos. Moacyr Amaral dos Santos, tantas vezes invocado, ensina que a prova transportada ou trasladada “é o oferecimento em um processo de provas produzidas em outro.” E a relembrar um grande jurista, autor de obra clássica na literatura jurídica estrangeira, acerca do tema, acrescenta: “É a prova que ‘já foi feita juridicamente, mas em outra causa, da qual se extrai para aplicá-la à causa em questão’, define Bentham”.¹³ Jônatas Milhomens assevera que face “à amplitude do disposto no art. 332 do CPC (...), não há dúvida de que a ‘prova emprestada’ ganhou mais um fundamento.”¹⁴ A referendar a possibilidade da “prova importada” estão Gabriel Rezende,¹⁵ Ladislau Fernando Rohnelt,¹⁶ Humberto

Theodoro Junior,¹⁷ Nelson Nery Junior,¹⁸ Ada Pellegrini Grinover,¹⁹ esta a analisar seus reflexos inclusive o processo penal, e Arruda Alvim,²⁰ dentre outros.

Em alguns autores, como Pedro Batista Martins e Jorge Americano, encontram-se certas resistências a esse meio de prova, tendo em vista o princípio da imediatidade e a regra da identidade física do Juiz, bem mais rigorosas no Código de 1939. Amaral dos Santos demonstra que todas as posições extremadas em torno da questão são desacertadas e mostra com percuciência que as provas de “fora da terra”, quer dizer, que devam ser produzidas em outra Comarca, fogem à regra, porque são colhidas pelo Juiz deprecado ou rogado. Mais a mais, apoiado em Aureliano Gusmão, lembra que “os juizes de segunda instância conhece e julgam de provas que por eles não foram colhidas”.²¹ Aliás, no primeiro grau também se recolhe prova mediante carta precatória e nos tribunais superiores é comum a colheita através de juizes da jurisdição ordinária. Por outro lado, o que chamo de regra de identidade física do juiz é um subprincípio do princípio da oralidade, regra a comportar exceções e ser de aplicação bem menos intensa do que no Código de 1939.²² As objeções, como se verifica, não são de monta, e afastadas pela melhor doutrina, a recomendar tão-somente sejam guardados alguns requisitos sobre os quais se falará a seguir. E para dissipar quaisquer duvidas arremata-se com o magistério de José Frederico Marques:

“Problema ligado muito de perto ao contraditório na produção de provas é o da trasladação de provas realizadas em

(12) *Curso de Processo Civil*, vol. I, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987, p. 295.

(13) Op. cit. na nota 2, p. 313.

(14) Op. cit. na nota 8, p. 111.

(15) *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 3.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1953, p. 221-224.

(16) Prova Emprestanda, in *Ajuris*, vol. 17, p. 37 a 46.

(17) Op. cit. na nota 3, p. 421-422.

(18) Op. cit. na nota 11, p. 138-140.

(19) *O Processo em Evolução*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 54-63.

(20) Op. cit. na nota 6, p. 222.

(21) Op. cit. na nota 2, p. 315.

(22) Arruda Alvim, op. cit. na nota 6, p. 234.

outro juízo e processo, e que tem a denominação de *prova emprestada*. Que seja admissível tal prova, se nos afigura indiscutível, em face do que diz o art. 136, inc. II, do CC. Nem obstáculo a isto a adoção da oralidade e da imediação, uma vez que as provas por precatória, onde há derrogação dos aludidos princípios, é adotada pela própria lei processual.²³

O autor fez acertada referência ao art. 136, inc. II, do CC (“atos processados em juízo”), em virtude da controvérsia sobre a natureza das normas sobre prova, se de direito material ou de direito processual, e do reconhecimento por Chiovenda da coexistência de “normas probatórias gerais” e “normas probatórias particulares” (teoria mista), bem assim porque quando José Frederico Marques escreveu suas conhecidas “Instituições” ainda não se encontrava em vigor o art. 332 do estatuto processual civil de inquestionável abrangência. De qualquer modo, fica sobejamente evidenciado que o Código Civil brasileiro, antes do código de processo unitário, já dispunha sobre o meio de prova ora apreciado.

Segundo o magistério de Gabriel Rezende, a doutrina e a jurisprudência estão de acordo que as provas possam ser transportadas, com eficácia, de uma para outra ação, quando verificadas as seguintes condições: “a) identidade de partes ou seus sucessores em ambas as ações; b) identidade de fatos nas duas ações; c) observância rigorosa das formalidades legais na produção da prova a ser aproveitada na outra ação.”²⁴

A identidade de partes bem assim a unicidade do fato a provar, nas duas ações, é uma questão de lógica. A prova emprestada, para ter eficácia, há de ser colhida em ação (não necessariamente da mesma natureza, como se verá) em que

os litigantes são os mesmo na ação nova, e, por óbvio, para ser mensurada, deve ser pertinência com o mesmo fato.

A observância rigorosa das formalidades legais, diz respeito ao contraditório. É o que salienta Couture: “Pero el problema no es tanto un problema de formas de le prueba, como un problema de garantías del contradictorio. Las pruebas de otro juicio civil pueden ser válidas, si en el anterior la parte ha tenido la posibilidad de hacer valer contra ellas todos los medios de verificación y de impugnación que la ley le otorga en el juicio en que se produjeron. Esas pruebas producidas con todas las garantías, son eficaces para acreditar los hechos que fueron motivo de debate en el juicio anterior y que vuelven a repetirse en el nuevo proceso. No son eficaces, en cambio, si no han podido ser debidamente fiscalizadas en todas las etapas de su diligenciamiento, o si se refieren a hechos que no fueron objeto de prueba (*objeto* en el sentido que ya se ha asignado este concepto) en el juicio anterior.”²⁵

Evidenciado, portanto, que na ação anterior as partes são as mesmas, os requisitos se resumem a dois: a) o fato *probando* deve ser o mesmo (significa isso a identidade do objeto da prova, não da pretensão) b) há de ser observada a garantia do contraditório na ação anterior. Nada mais. Inexiste qualquer exigência, no direito brasileiro ou o direito alienígena, de conformidade de pretensões entre as duas ações, a anterior, onde foi colhida a prova, e a nova, para a qual foi transportada, ou de identidade de ações. Equivoca-se quem imaginar que a identidade da “relação de direito”, expressão encontrada em alguns antigos acórdãos, venha a significar a identidade de ações. Aquela expressão tem o sentido de relação jurídica de direito material, jamais de relação jurídica processual.

(23) *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 392.

(24) Op. cit. na nota 13, p. 222.

(25) Op. cit. na nota 1, p. 255-256.

Não há por isso a mínima razão para justificar-se o que está escrito no acórdão do Egrégio Tribunal de Alçada Civil, que, para rejeitar a prova colhida na ação revisional e emprestada à renovatória, adotou este fundamento: “a informação (*sic*) constante do laudo ofertado na ação revisional, entre as mesmas partes, *não pode servir de base à demonstração da infração contratual, pois o objeto daquela é diferente da ação renovatória, ...*” (o grifo não é do original). Na verdade, nenhum doutrinador consultado e citado neste parecer faz semelhante afirmação.

In casu, as partes, conforme já espe-
lhado neste parecer, são as mesmas, na
ação revisional e na ação renovatória,
invertidas apenas as posições nos pólos
da redação processual, o objeto da prova
é absolutamente o mesmo, ou seja, a
cessão da área objeto de relação jurídica
locatícia a terceiro, e nada foi legado
quando a desrespeito à garantia constitu-
cional do contraditório. Os requisitos
para a eficácia da “prova emprestada”
estão presentes e, assim, eficaz é a prova
ofertada. A afirmativa de que essa prova
não pode servir de evidência da infração
porque o objeto da ação é outro, viola
flagrantemente art. 332 do CPC e não
tem qualquer fundamento legal, doutri-
nário ou jurisprudencial. A propósito, é
do Egrégio Tribunal de Justiça de São
Paulo, da relatoria do douto Desembar-
gador César Peluso, acórdão publicado
na RT 614, p. 69 em cujo trecho se lê: “O
socorro à prova emprestada é meio lícito,
guardando esta a mesma eficácia que no
processo onde foi originariamente pro-
duzida, quando oposta contra a parte
que, valendo-se das faculdades inerentes
ao princípio de bilateralidade da audiên-
cia, colaborou na sua produção em litígio
com terceiro.” (note-se que, no caso, o
litígio era com terceiro).

2.3 Sistema da persuasão racional

Como argumento de reforço de sua
posição, alinhou o 2.º Tribunal de Alçada

de São Paulo, em seu acórdão, que o
“Código de Processo Civil adotou em
matéria de provas o sistema da persuasão
racional,...”. Sobre isso não se põe dúvi-
da. O convencimento do juiz há de fir-
mar-se em razões lógicas, segundo ale-
gado e provado, sem as restrições do
sistema da prova legal e sem a liberdade
do sistema do livre convencimento.

Ovídio A. Baptista da Silva discorre
com maestria sobre os sistemas probató-
rios. Veja-se: “Os sistemas probatórios
modernos não seguem, como princípio
prevalente, nenhum dos sistemas ante-
riormente descritos, nem o sistema da
prova legal e nem o seu oposto, o sistema
do livre convencimento e sim, como diz
Furno (op. cit., 160), um sistema misto,
que aproveita ao mesmo tempo elemen-
tos dos outros dois. A este sistema inter-
mediário, dá-se o nome de sistema da
persuasão racional. O sistema da persua-
são racional da prova, embora aceite em
geral a tese do livre convencimento,
impõe certas restrições à legitimidade da
formação do convencimento judicial.
Fundamentalmente, impõe ao juiz a ob-
servância de regras lógicas e das máxi-
mas de experiência comum, consideran-
do ilegítimas, por exemplo, uma convic-
ção que o juiz haja formado exclusiva-
mente com base numa intuição pessoal,
incapaz de ser justificada segundo regras
lógicas e de bom senso. A distinção
fundamental entre este sistema e o deno-
minado sistema de livre convencimento,
está em que, naquele, o juiz tem o dever
de fundamentar sua decisão, indicando
os motivos e as circunstâncias que o
levaram a admitir a veracidade dos fatos
em que o mesmo baseara sua decisão.
Cumprir-lhe indicar, na sentença, os ele-
mentos de prova com que formou sua
convicção, de tal modo que a conclusão
sentencial guarde coerência lógica com a
prova constante dos autos. Esta exigên-
cia naturalmente limita a completa liber-
dade que sistema de livre convencimento
lhe daria. Em verdade, segundo o sistema

da persuasão racional, juiz deve julgar – como no sistema de prova legal – *secundum alligata e probata*, porém, sem as peias que poderiam ser-lhe impostas pelas exigências de tarifamento legal da prova, permitindo-lhe que o julgador, embora preso à prova constante dos autos, deva apreciá-la livremente segundo seu íntimo convencimento (Lesona, op. cit., 344).²⁶

Foi o que fez o Juiz, em sua sentença, no caso concreto. Sopesou as provas existentes nos autos (admissão dos fatos alegados e prova pericial transportada), todas lícitas, moralmente legítimas e previstas em lei, por elas se convencendo das infrações contratuais argüidas como fundamento para a impossibilidade de renovação compulsória da locação comercial e sentenciando coerentemente pela improcedência da renovatória. Correta a conclusão sentencial, porque atenta à circunstância de cuidar-se de contrato excepcional, quando à liberdade das partes de contratar, imposta que é, por lei, a renovação do contrato de locação mercantil. Exata a manifestação judicial, porque em consonância com a lei, a exigir do locatário, para assegurar-lhe o direito à renovação, o “exato cumprimento do contrato em curso” (art. 71, inc. II, da Lei 8.245, de 18.10.1991 – lei das locações). Uma decisão em sentido contrário acarreta a violação do mencionado inciso legal e representa um atentado ao próprio direito de propriedade e da liberdade contratual da pessoa.

2.4 *Princípios da economia processual e da tutela efetiva*

Impende considerar, neste ponto, os princípios da economia processual e da tutela efetiva, sobretudo para ficar demonstrado que estes não podem sacrificar-se ao entendimento de que, no caso concreto, sem nenhuma razão, deve anu-

lar-se a sentença em homenagem ao sistema da persuasão racional. O processo é um instrumento para realização do direito. Tal assertiva não diminui o prestígio desse ramo da ciência jurídica. Sem ele, a sociedade ficaria sujeita à lei do mais forte e ai arbítrio da autoridade, visto que nem sempre a autocomposição é possível como meio de resolver os conflitos. Mas o processo somente será um instrumento útil e hábil a solução das controvérsias, quando sem grandes dispêndios a sentença final for proferida sem grande perda de tempo.

Relembre-se esta lição bastante conhecida: “Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado, com relação aos bens que estão em discussão.”²⁷ A economia se faz maximizando os resultados do processo, no sentido da tutela efetiva, com o mínimo de atividade processuais. Assim podendo haver reconvenção no processo esta ação contrária deve ser permitida; sendo conexas as causas devem ser reunidos os processo; os atos processuais defeituosos que tiverem alcançado sua finalidade, sem prejuízo de qualquer das partes, devem ser aproveitados; não devem ser produzidas ou reproduzidas provas inúteis ou desnecessárias; e, assim, por diante.

O sempre lembrado Couture pontifica, a discorrer sobre os fundamentos do processo civil: “El proceso, que es un medio, no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes que están en debate, que son el fin. Una necesaria proporción entre el fin y los medios debe presidir la economía del proceso.”²⁸ São aplicações desse princípio, a *simplificación en las formas de debate, limitación de las pruebas, reducción de los recursos, economía pecuniaria*, além de outros.

(27) Cintra, Grinover e Dinamarco in *Teoria Geral do Processo*, 6.^a ed., 3.^a tir., São Paulo: RT, 1988, p. 40.

(28) Op. cit. na nota 1, p. 189.

(26) Op. cit. na nota 12, p. 286-287.

De tudo, exsurge que se a prova produzida já aponta o caminho para o magistrado decidir, farpeia o princípio da economia processual, além de contrariar a lei, a exigência da repetição de provas ou de outras provas para mesmo fato. Totalmente dispensáveis novas provas de fatos, cujas consequências jurídicas já são previsíveis (as infrações contratuais, no caso concreto, apuradas e depuradas, impedem a renovação coactiva da locação comercial). É a *maturidade probatória*, de que fala Arruda Alvim.²⁹ Fatos admitidos e fatos provados pericialmente (prova esta dispendiosa para ser repetida, como anotam os processualistas) não precisam ser mais uma vez provados.

Diante dessa *maturidade*, e, na situação real, onde a prova dos fatos em decorrência da sua admissão e da *prova emprestada*, indiscutivelmente, indicam a solução da controvérsia, a providência do magistrado ou do Tribunal é a decisão de mérito. É o que se colhe no ensinamento de Cláudio Zalona Latorraca: “Conseguindo o juiz reunir o conteúdo fático probatório com as afirmações processadas pelas partes, alcançará uma convicção de caráter definido, que se coloca entre o fator psicológico e dedutivo e a evidenciação formal. Se os atos processuais apresentam tendências à cristalização e imutabilidade do mérito, compete ao magistrado acelerar ritmo processual, a fim de que o litígio atinja seu escopo último.”³⁰

Ainda a levar-se em conta a efetividade da tutela jurisdicional. Com efeito, a doutrina moderna, estrangeira e nacional, se deu conta, na presente década, de que o fator “tempo” é fundamental para a efetividade do processo. Se o instrumento, por força de circunstâncias variadas, de resistência infundada da parte, da

morosidade do aparelho judiciário e de outras razões, se amostra ineficiente para a solução das controvérsias, a tutela deixa de ser adequada à realidade de direito substancial e à própria realidade social e econômica. Desaparece o resultado útil do instrumento processual se a solução do litígio não é oferecida em tempo compatível com o direito da interessada.

As razões expostas são em geral alinhadas para justificar o instituto da antecipação da tutela, mas ajustam-se como uma luva ao caso em que o processo apresenta condições imediatas para ser decidido e é retardado pela renovação de atos processuais desnecessários determinada pelo Tribunal, em simples homenagem a um sistema (persuasão racional), que, aliás, foi observado no processo, com a afronta à lei e a princípios fundamentais do direito processual.

3. Conclusões

De tudo quanto foi exposto, tiram-se as conclusões de que:

a) na ação, consoante o dirigente do processo no primeiro grau apreendeu, a locatária, ora recorrida no recurso especial, admitiu o fato de ter cedido parte do imóvel locado comercialmente a terceiro e reduzido, de forma unilateral, o percentual sobre as vendas para cálculo do aluguel – não importa para a caracterização da infração, como foi consignado no acórdão, que o aluguel não tenha ficado abaixo do aluguel mínimo fixado no contrato, mas, sim, importa a redução indevida –;

b) a cessão de parte do prédio para uma empresa de serviço de estacionamento foi provada através de perícia, em outra ação entre as mesmas partes, sendo o objeto da prova o mesmo, isto é, a transferência não autorizada de parcela do imóvel locado a outrem;

c) no sistema da persuasão racional o juiz deve julgar, como no caso aconteceu, segundo alegado e provado, razão pela qual é irrelevante sua invocação

(29) *Direito Processual Civil* – 3, São Paulo: RT, 1995, p. 46.

(30) *A dimensão da prova no processo civil*, São Paulo: Hemus 1990, p. 23.

para justificar a renovação das provas já colhidas, até porque não há controvérsia sobre os fatos;

d) os princípios da economia processual e da tutela efetiva recomendam o julgamento da ação com o mínimo de atos processuais e em tempo útil;

e) os meios de provas utilizados na ação renovatória de locação são previstos na lei processual (arts. 332 e 334 do CPC) e, portanto, sua denegação gera contrariedade à lei, hipótese de cabimento do recurso especial (alínea *a*, inc. III,

do art. 105, da CF) e de seu provimento;

f) a reforma da decisão de improcedência da ação renovatória acarreta a violação da lei substantiva (art. 71, inc. II, da Lei 8.245/91); e

g) não há na espécie recursal controvérsia sobre fatos ou interpretação de cláusula contratual, a impedir o conhecimento do recurso extremo, porquanto as questões postas no recurso especial são exclusivamente de direito probatório e de direito locatário.

É o meu parecer.